

Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos

Miguel Díaz y García Conlledo*

RESUMEN

El estudio de la autoría y la participación en los delitos económicos obliga a tener en cuenta lo frecuente de su comisión en el ámbito de la empresa (como persona jurídica que “nace” de manera legal, y que luego, y generalmente sólo en parte, se dedica a actividades delictivas), donde funcionan estructuras de división del trabajo, jerarquías e incluso “sistemas de fidelización”. En este contexto, la atribución de responsabilidad penal no siempre gira en torno a los ejecutores inmediatos, que pueden ser meros ejecutores sin capacidad de decisión, sino que tiene que referirse, muchas veces, a los “sujetos de arriba”. Luego de ver las diferentes posiciones sobre la autoría en la delincuencia organizada y en organizaciones (debate muy marcado por la propuesta de Roxin de la autoría mediata en aparatos organizados de poder), el problema a tratar será, entonces, cómo aplicar a estos fenómenos la figura clásica de la codevincencia, ya que otras soluciones en principio más sencillas, resultan incorrectas o incompletas.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España).

ABSTRACT

Authorship and involvement in economic crime are affected by its frequently production inside of the company (company as a legal entity “born” in a legal way, but then dedicated, at least in part, to commit crimes), characterized by the division of work structures, hierarchies and even “systems to make loyal workers”. In this context, to find a penal responsible is not always something about immediately executors of the economic crimes, who can be just executors without decision capacity, but it is more often about “the up man” (somebody as the brain behind the action). After a presentation of the different theories about authorship in organized delinquency and organizations (this debate is strongly marked by Roxin’s proposal about non immediate authorship in organized power machines), the question will be how to apply the classic co-delinquency figure to these phenomenon, because some other apparently more simple solutions finally result wrong or incomplete.

PALABRAS CLAVE

Delitos económicos; autoría y participación; autoría mediata; delincuencia organizada; responsabilidad penal de la persona jurídica.

SUMARIO

A. PLANTEAMIENTO; B. SOLUCIONES SIMPLIFICADORAS: FALSAS SOLUCIONES O SOLUCIONES INCORRECTAS O INCOMPLETAS; C. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y EN LA EMPRESARIAL ECONÓMICA; D. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL. ALGUNAS REFLEXIONES ESPECÍFICAS.

A. Planteamiento

Los tipos de delitos económicos, en un sentido más estricto (estafas, delitos societarios, delitos contra el sistema financiero, etc.) o más laxo (los que se producen en la actividad económica, como, por ejemplo, las cuestiones referentes a la responsabilidad penal por la producción o comercialización de bienes o productos defectuosos peligrosos o lesivos de bienes jurídicos como la vida o la salud de las personas, delitos medioambientales,

etc.), no plantean como regla general, en sí mismos, problemas específicos de autoría y participación, más allá de que pueda haber problemas generales que les afecten, como por ejemplo que en ocasiones sean delitos especiales de los que no puede ser autor quien no reúne la cualificación típica.

Lo peculiar de ellos, lo que los convierte en un problema especial de autoría y participación o, mejor aún, de atribución de responsabilidad penal entre los distintos intervinientes, es que a menudo se producen en el seno de una empresa económica, es decir, en el de una estructura compleja que se caracteriza, entre otras notas, por las de distribución de funciones y división del trabajo y de jerarquía, especialización y complementariedad (también descentralización de las decisiones y controles, a menudo). A ello debe unirse la existencia de sistemas de fidelización de los miembros de la empresa, que a veces son capaces de hacer por ella lo que no harían como individuos independientes (existen interesantes experimentos al respecto).

La complejidad de la estructura organizativa hace que los preceptos sobre autoría y participación que aparecen en los códigos penales no parezcan (digo parezcan porque finalmente creo que sí pueden dar juego) encajar muy bien, pues parecen estar pensados (ese es su origen histórico) para el delincuente que actúa solo o, a lo sumo, para el que actúa con unos pocos, como mucho organizado en forma de banda pequeña, estructura a la que las figuras de la autoría, sobre todo la coautoría, y la cooperación o complicidad son fácilmente aplicables. En la delincuencia empresarial parece precisamente que el centro de gravedad no radica en los ejecutores inmediatos, que bien pueden ser meros actuantes de propia mano sin capacidad de decisión y, a veces, sin conocimiento exacto de lo que llevan a cabo, aunque otras son verdaderos especialistas (“ejecutivos agresivos”, contables, etc.), sino en “los sujetos de arriba”, los que adoptan decisiones que otros ejecutan. Ello se ve complicado además por difíciles problemas probatorios en el entramado empresarial, en los que aquí no puedo entrar. Por todo ello ha tenido éxito la expresión de BECK de “irresponsabilidad organizada”.

Como se ve, la situación descrita se parece en gran medida a la de la delincuencia organizada, sea estatal (aparatos organizados de poder, como el nacionalsocialista en Alemania, el estalinista soviético, el de las Juntas militares argentinas, el del pinochetismo y, desgraciadamente, otros tantos ejemplos) o no (mafias, jacuzzas, redes de narcotráfico, de tráfico de personas, de lavado de capitales, etc.), si bien con la particularidad

de que en el caso de las empresas se trata de estructuras complejas que “nacen” lícitas y son posteriormente utilizadas (normalmente sólo en parte) para delinquir. Por ello nos deberemos referir aquí a algunos problemas generales de la autoría y la participación en la delincuencia organizada.

Ante este panorama, cabe entrar directamente a analizar cómo aplicar nuestras clásicas figuras de codelincuencia a los fenómenos de delincuencia organizada y empresarial, cosa que haré más adelante, pues me parece un camino imprescindible plantear primero algunas soluciones que aparentemente son más sencillas, pero que, anticipo, o son falsas o son, como mínimo soluciones incorrectas o incompletas.

B. Soluciones simplificadoras: falsas soluciones o soluciones incorrectas o incompletas

1. Creación de tipos con conceptos unitarios de autor

No es una buena solución crear para los supuestos de delincuencia organizada (menos aun en la empresarial, en la que resultaría casi imposible y especialmente negativo) tipos absolutamente omnicomprendivos, en que las diferencias entre preparación, ejecución y consumación se diluyan y se consagren para ciertos delitos conceptos unitarios de autor, es decir, que cualquiera que intervenga en ellos sea autor. Con eso se pierden las ventajas, propias del Derecho penal de un Estado de Derecho, de un preciso perfilamiento de lo típico y se igualan conductas de diferente gravedad, extendiéndose indebidamente la punibilidad. Además, como dice MUÑOZ CONDE, casi siempre se hace preciso distinguir de todos modos entre formas de intervención, aunque sea en determinación de la pena. Sin embargo, tenemos algunos ejemplos (más o menos exagerados) de estas clases de tipos en nuestros códigos penales. Así, por ejemplo, en materia de tráfico de drogas, el art. 368 CP español establece: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o *de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten* el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos” (hay agravaciones, entre otras, por pertenencia a organización). Menos igualador es el CP colombiano, que

distingue diversas conductas con castigo diferenciado, si bien alcanza a cualquier forma de estímulo o propagación del uso ilícito (art. 378 CP), con pena de prisión de tres a ocho años y multa de cien a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (dureza y amplitud también por tanto).

2. Creación de tipos de pertenencia a organización y similares

Ya existen tipos que castigan la propia dirección o pertenencia a una organización, más o menos compleja (como las asociaciones ilícitas del CP español: arts. 515 ss.), y, sobre todo, agravaciones de distintos delitos (en el CP español, numerosos desde 1995, sobre todo: tráfico de drogas, relacionados con la pornografía infantil, tráfico de personas y bastantes otros) que casi siempre tienen que ver con sectores de actividad de la delincuencia organizada. En primer lugar, hay que decir que resulta difícil imaginar tipos así en relación con la delincuencia empresarial, pues la pertenencia a la organización, es decir, a la empresa, es por definición lícita (salvo que la empresa sea una mera tapadera de una organización constituida para la comisión de delitos). Pero, además, en general, aun aceptando que puedan ser convenientes algunos de esos tipos y agravaciones, los tipos de dirección o pertenencia a organización no serían suficientes por sí mismos, pues parece que la sanción de esa dirección o pertenencia no puede obviar la búsqueda de responsabilidad penal diferenciada por los concretos hechos delictivos cometidos en el seno de la organización.

3. El actuar por otro en Derecho Penal

El art. 31.1 CP español (15 bis CP 1944/73, restringido a la actuación por personas jurídicas) y el penúltimo párrafo del art. 29 CP colombiano consagran la figura del actuar por otro en Derecho penal. Tomemos el ejemplo del precepto colombiano: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

Una lectura apresurada (y, a veces interesada) de preceptos de este tipo podría conducir a la falsa conclusión de que permite simplificar el problema del reparto de responsabilidades en la delincuencia empresarial: responderían sin más el miembro u órgano de representación, es decir, el directivo o administrador de hecho o de Derecho. Se obviarían dificultades y se llevaría la responsabilidad penal (como, en principio, podría parecer lógico, hacia los centros de decisión empresariales). De hecho, el TS español dictó alguna resolución en este sentido, bajo la vigencia del precepto de actuar por otro antecedente del actual, en relación con delitos contra el medio ambiente por vertidos de empresas industriales (y, según me ha comentado algún miembro de la Judicatura española, aunque no lo he contrastado, sigue sucediendo en relación con la responsabilidad por desobediencia a órdenes judiciales y similares: se imputa al directivo, a veces a kilómetros de distancia y que no sabe nada del asunto, apelando a cláusulas del actuar por otro).

Pues bien, este proceder es absolutamente incorrecto y no responde al verdadero contenido de los arts. correspondientes del CP colombiano y del español a los que me he referido. Es incorrecto, pues no se puede hacer responder al directivo o representante por hechos que él no haya realizado (directamente o en otra forma de autoría) o en los que no haya participado, sólo por el hecho de ser directivo. Ello conculcaría principios restrictivos del *ius puniendi* tan importantes como el de responsabilidad personal (y casi siempre también el de responsabilidad subjetiva). Por ello hace muy bien el CP colombiano (que, en una declaración más discutible, señala que el actuante por otro es también autor, como si de tratara de una forma distinta de autoría a la del autor inmediato, mediato o coautor: es autor, pero no de otra clase nueva) en exigir expresamente que el actuante por otro “realice la conducta punible”.

Y es que el sentido de estas cláusulas no es el de suplir la realización del hecho, sino, ni más ni menos, el de evitar la laguna de punibilidad que se produciría en los delitos especiales (los que requieren alguna cualidad especial en el autor) si quien materialmente realiza el hecho, el representante, no reúne la cualidad especial que concurre en el representado (la persona jurídica en este caso). De no ser por estas cláusulas, el representado no respondería pues no realiza el hecho, no es su autor (menos aún si se trata de una persona jurídica, que, ni en España ni en Colombia, está sometida a responsabilidad penal), y el representante tampoco podría responder como

autor, pues, pese a realizar el hecho, no reúne la cualidad típica exigida al autor, que sí recae en el representado, ni como partícipe (porque no hay hecho típicamente antijurídico de otro en el que intervenga). Lo único que hace la cláusula es, por tanto, “transferir” o “imputar” la cualidad del representado al representante, en ningún caso obviar la realización típica. Así, por ejemplo, supongamos que, en el delito de evasión fiscal del art. 313 CP colombiano, el “empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico” es una empresa constituida como persona jurídica: como es obvio quien materialmente realizará el incumplimiento total o parcial en la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente correspondan a los servicios de salud y educación será un administrador o persona que actúe como órgano de la empresa, de modo que la empresa persona jurídica no responderá por su incapacidad de acción y culpabilidad y por no poder sufrir pena de prisión y, de no existir la cláusula del actuar por otro, tampoco respondería el administrador o persona que actúa como órgano de la persona jurídica, que es quien realiza la conducta típica, pues le faltaría la cualidad de empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico que exige el tipo, con lo que se produciría la laguna de punición mencionada, que se salva con la cláusula del actuar por otro (se podría poner el ejemplo del alzamiento de bienes del art. 257 CP español ó 253 CP colombiano –el administrador no se alza con “sus” bienes, sino con los de la empresa- y otros muchos). En todo caso, para lo que no sirven las cláusulas del actuar por otro es para establecer una responsabilidad automática del directivo o administrador y obviar así la distribución de responsabilidad penal en la delincuencia en el seno de personas jurídicas, como pueden ser las empresas.

4. La responsabilidad penal de la propia persona jurídica

En la tradición europea continental, heredada en muchos ordenamientos latinoamericanos, ha regido el principio *societas delinquere non potest*, esto es la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (como muchas empresas), básicamente por su incapacidad de acción y de culpabilidad y, según algunos, de sufrir pena, aunque en este punto habría que matizar bastante. Sin embargo, en el ámbito del *common law* se admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Y cada vez en más países de la Europa continental se da entrada a esa responsabilidad:

claramente en los Países Bajos, Francia, Suiza, pero encontramos alguna nota en el Derecho penal alemán (en la Ley de Contravenciones) e incluso podría intuirse en el español desde la entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 del número 2 del art. 31 CP, que establece que, en los supuestos del número 1 (actuar por otro, que conocemos) “si se impusiese en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”, si bien la doctrina mayoritaria española, crítica con la nueva cláusula, intenta buscarle significados o naturalezas que no rompan con la tradición de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica (en todo caso, si aquí hubiera una ruptura, sería sólo para supuestos muy limitados –y, por cierto, sin comprenderse por qué sólo y precisamente para ellos desde la lógica del propio precepto, si no es por una lectura superficial y generalizadora del número 1 por el propio legislador).

Pues bien, aunque no puedo detenerme aquí en el interesante problema de la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podría pensarse que aceptarla solucionaría el problema de la atribución (complicada) de responsabilidad a personas que actúan en ella, por ejemplo y quizá sobre todo, en la delincuencia empresarial. Pues bien, para mí ésta es una falsa impresión, pues exigir responsabilidad a la persona jurídica no debe eludir el exigírsela también a la persona física que actúa en su seno cometiendo materialmente los delitos; ello supondría una garantía de impunidad a las personas físicas con graves efectos negativos para la prevención del delito en el seno de personas jurídicas (como parece que puede suceder, sea por la propia ley o por fuerza de la aplicación jurisprudencial, en el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica).

Por lo demás, admitirla, dando en esto la razón a los contrarios (salvo quizá en sufrir pena), si bien no es imposible, como demuestran los hechos, supone admitir un concepto de acción y de culpabilidad muy diferente al del Derecho penal tradicional, en el que se basan precisamente todos sus principios (entre otros, los de responsabilidad personal, subjetiva y sólo pena para culpables), lo que no me parece conveniente. Las concepciones (de la representación y sistémica, sobre todo) para fundamentar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, en las que aquí no puedo detenerme, son insuficientes, como ha demostrado, entre otros, SCHÜNEMANN (con argumentación publicada en Colombia, por cierto).

Ahora bien, es cierto que dejar intacta la estructura empresarial

aprovechada para la comisión de delitos es también dejar abierta la puerta a la comisión de futuros delitos. La imposición de una sanción (sea pena o tenga otra naturaleza) en forma de multa a la persona jurídica (como en algunos sistemas penalizadores de la persona jurídica y, en parte y de extraña manera, en el art. 31.2 CP español) resulta insuficiente, pues la multa puede ser un contratiempo, pero cabe que sea calculada previamente e incluida en la cuenta de pérdidas y beneficios y que llegue a compensar pagarla frente al beneficio delictivo obtenido, perdiendo así todo efecto preventivo especial (y, de paso, si lo tuviere general, aunque sea indirecto, también). Pero hay terceras vías que, junto a posibilitar en delitos especiales la llegada a la persona física (el actuar por otro, al que ya me he referido), ofrecen previsiones como las llamadas consecuencias accesorias, cuya naturaleza es discutida (yo creo que es un *tertium* genus junto a penas y medidas de seguridad), del art. 129 CP español (algo parecido, pero no igual, existe, si no me equivoco, en el Derecho procesal Penal colombiano), según el cual:

“1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos

de la misma”.

No puedo detenerme aquí a analizar si los supuestos en que el CP español prevé a lo largo de su articulado la imposición de todas o algunas de estas consecuencias accesorias constituyen la selección más adecuada (seguramente hay aspectos criticables) ni voy a negar que el sistema es probablemente mejorable en lo que se refiere a la configuración o la duración de algunas consecuencias accesorias. Sería bueno seguramente, por ejemplo, que se pudiera actuar contra la persona jurídica cuando se pruebe el delito, aunque por diversas razones no pueda condenarse a un sujeto concreto (así la propuesta de MIR PUIG), o que se previeran otras posibles consecuencias que no perjudiquen a los accionistas sino que garanticen el funcionamiento de la empresa a la vez que hacen notar su anterior funcionamiento irregular (así, por ejemplo, la figura de la curatela empresarial –con anotación– que propone SCHÜNEMANN).

C. La autoría y la participación en la delincuencia organizada y en la empresarial económica

Como hemos visto, algunas de las soluciones apuntadas son en realidad falsas soluciones. Otras son asumibles, aunque no nos relevan de analizar la distribución de responsabilidades entre personas físicas en el entramado empresarial. Ello nos lleva al análisis de este problema, que debe plantearse dentro del ámbito más amplio de la delincuencia organizada.

En todo caso, conviene también no dramatizar en el sentido que a veces se percibe en algunas posturas que se ocupan del problema: el que no se pueda fundamentar la responsabilidad como autor de personas que ocupan ciertas posiciones (destacadas) en la organización no significa que no se les pueda exigir responsabilidad penal. No debe olvidarse que los códigos penales recogen diversas figuras de codelinquencia, unas de autoría y otras de participación, y que en la mayoría de los casos, cuando sólo se pueda calificar de partícipes a ciertos sujetos, ello no será óbice para sancionarlos penalmente, pues normalmente no existirán problemas derivados del principio de accesoriedad. Tras muchos años de estudio de la distinción entre autoría y participación y, aunque reconociendo su importancia, creo que tendemos a menudo a exagerarla.

1. El origen del debate

Es importante explicar cómo se empieza a debatir el problema. La

discusión de este tipo de supuestos y la solución más generalizada para resolverlos es deudora de ROXIN y su famosa construcción de la autoría mediata por instrumentos organizados de poder. La figura la planteó ROXIN y se ha discutido sobre ella después sobre todo en relación con los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana, pero puede ser aplicada a supuestos similares (por ejemplo, y no son los únicos casos, se utilizó en la acusación por crímenes de Estado cometidos durante la dictadura de las juntas militares argentinas de los años setenta y primeros ochenta, o en relación con los crímenes en la antigua RDA) o de organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas (por ejemplo, algunas organizaciones terroristas o mafiosas, como las dedicadas al tráfico de drogas, de armas, blanqueo de dinero, etc.); más problemática resulta, al parecer, su aplicación a la delincuencia en estructuras empresariales. Se trata de casos en que alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues en los ejemplos citados se darán a menudo casos en que sí) en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, obediencia debida o error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la “máquina de delinquir” en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. ROXIN y quienes le han seguido defienden aquí la autoría mediata del que da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante un caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno o por otro autor inmediato (la propia estructura de la organización y la fungibilidad del ejecutor son los elementos clave de la construcción). Más adelante volveré a los elementos exigidos por ROXIN para la existencia de autoría mediata en estos casos, pero antes vamos a repasar otras posibles calificaciones.

2. La tesis de la inducción o determinación

Autores alemanes como HERZBERG (recientemente, pues antes estaba de acuerdo con ROXIN en la autoría mediata), ROTSCH, KÖHLER o RENZIKOWSKI (en

parte, JAKOBS) y españoles, como GIMBERNAT ORDEIG, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, PÉREZ CEPEDA (para la criminalidad en la empresa) (en parte FERRÉ) y, con dudas, yo mismo, han o hemos sostenido (con muchos matices en ocasiones) que al menos el sujeto de atrás que da la orden (por ejemplo, para GIMBERNAT no los eslabones intermedios) es un inductor o determinador, señalando en ocasiones que con ello, además, se consigue una solución plenamente adecuada en las consecuencias (GIMBERNAT –aunque con matices–, KÖHLER), puesto que la pena que corresponde a la inducción o determinación es igual a la del autor, que la garantía del sujeto de detrás de ver realizado su plan no suple su ausencia de dominio en el caso concreto (RENIKOWSKI) y no hay figura legal que permita imputar como autor al sujeto de detrás, cuando existe plena autonomía del de delante (también RENIKOWSKI). En general, la calificación de inductor o determinador no intenta fundamentarse autónomamente, sino sobre la base de (o para los casos en) que la autoría mediata no se considera sostenible, especialmente por la plena libertad y responsabilidad del ejecutor; como no puede ser autor mediato, quien hace surgir en otro la decisión de cometer el hecho, será un inductor o determinador.

ROXIN ha aducido que esta tesis ignora la diferencia entre un inductor o determinador, que necesariamente deja en manos del inducido o determinado la decisión de realizar el hecho, y quien domina un aparato organizado de poder y, de ese modo, cuando emite una orden criminal puede confiar en que ésta se cumplirá. Hasta aquí, valorar la tesis de la inducción o determinación implica tomar posición primero sobre la de la autoría mediata (y también la de la coautoría), que es la cuestión clave, pues, si se rechaza ésta, parece sensato calificar de inductor o determinador a quien hace nacer en otro la resolución delictiva. Por ello, la cuestión se analizará más adelante (al valorar la posición de la autoría mediata).

VALDÁGUA ha recordado recientemente, en contra de la tesis de la inducción o determinación, que quien da la orden no lo hace normalmente al ejecutor, sino a otro eslabón de la cadena de mando de la organización, de modo que se trataría de un supuesto de inducción o determinación en cadena, que no es posible castigar como tal inducción o determinación, al menos en el Derecho portugués (ámbito para el que fundamentalmente escribe la citada autora), lo que crearía indeseables lagunas de punición. Algo similar ocurriría en el Derecho penal español, especialmente para quienes creen que el carácter directo que la segunda parte del art. 28, letra

a) CP exige para la inducción o determinación la cualidad de inmediata y excluye precisamente la inducción o determinación mediata y la inducción o determinación en cadena. Una exigencia así no aparece claramente en el art. 30 CP colombiano. Sin embargo, además de que no existe unanimidad en Portugal en rechazar la inducción o determinación en cadena y de que en España caben otras interpretaciones de lo que sea directo (que me parecen más convincentes), la laguna de punición es relativa, pues siempre cabría calificar a los eslabones intermedios de cómplices en el hecho; se aducirá con seguridad que ello, con la rebaja obligatoria de pena al cómplice, sigue sin resultar satisfactorio. A ello cabe contestar que el Derecho español brinda una solución materialmente satisfactoria desde el punto de vista de la pena a través de la figura del cooperador necesario del art. 28, segunda parte, b) CP, a la que me referiré enseguida.

Por otro lado, GIMBERNAT ha negado que estemos ante una inducción o determinación en cadena, pues los transmisores de la orden de quien ocupa la cúpula en la pirámide (éste sí, verdadero inductor o determinador), en realidad no inducen, sino que se limitan a comunicar a otro la orden inductora de la cabeza del aparato, por lo cual y porque su actividad no es escasa, para este autor español, las “ruedecillas” intermedias del aparato responderían como cómplices, calificación que, como veremos de inmediato, considero discutible.

3. La tesis de la complicidad

Como acabamos de ver, GIMBERNAT estima que los eslabones intermedios de la cadena de mando son meros cómplices. Baste decir aquí (porque a continuación voy a completar la argumentación) que esta calificación no parece muy satisfactoria desde el punto de vista de la consecuencia penológica, dada la rebaja obligatoria de pena al cómplice en el Derecho penal colombiano, en el español y en el alemán (entre otros).

4. La tesis de la cooperación necesaria

El Código Penal español contiene, en su art. 28, segunda parte, b), una figura de participación ausente actualmente en el Derecho alemán y en el portugués. Según él, “También serán considerados autores:” (partícipes asimilados en pena, frente a quienes lo “son” en sentido estricto de la primera parte del precepto, según interpretación generalizada en la

doctrina española) “b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Ciertamente la redacción del precepto, con su formulación hipotética, me parece desafortunada, pero, contra lo que opinan algunos autores españoles, la propia figura (que debería definirse de modo positivo y con referencias materiales que aquí no puedo detallar –lo he hecho en otros lugares-) me parece acertada y debe mantenerse en nuestro Derecho, pues, entre otras cosas, permite atender a la diversa importancia de las contribuciones sin forzar o ampliar el concepto de autor en la coautoría, como en mi opinión hacen (en mayor o menor medida) los defensores de la teoría del dominio del hecho, calificando de coautores a sujetos cuyo dominio no pasa de ser (en las versiones más exigentes, como la del dominio funcional del hecho de ROXIN) negativo (el poder de hacer fracasar la empresa común retirando su aportación, lo que no debe confundirse con el mero poder de interrupción que puede tener incluso un tercero ajeno a la empresa delictiva), frente al dominio o determinación positiva (y objetiva) del hecho que, en mi opinión, debe caracterizar toda forma de autoría.

Pues bien, determinados autores españoles, no siempre desde una perspectiva común, han acudido a esta figura para calificar los supuestos que nos ocupan. Así, yo mismo, sugería hace tiempo esta posibilidad, sin dejar cerradas otras, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (en el mismo sentido), o HERNÁNDEZ PLASENCIA (citando la frase de MIR PUIG de que “el hecho no pertenece a todo aquél de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino sólo a quien lo realiza”). Pero, naturalmente, esta tesis, como la de la inducción o determinación, tiene sentido sólo si se rechaza el carácter de autor (mediato o coautor), cuestión que todavía no he tratado y, por lo tanto, queda en suspenso la validez de la calificación de cooperador necesario.

Ahora bien, quiero señalar aquí que un detractor de la construcción roxiniana del dominio del hecho por utilización de aparatos organizados de poder como es GIMBERNAT calificaba, como hemos visto, de cómplices a los eslabones intermedios de la cadena de mando, descartada para él la posibilidad de apreciar una inducción o determinación en cadena (el único inductor o determinador sería, en su opinión, quien da la orden en la cúpula de la organización). GIMBERNAT señala que en el delito de genocidio se produce la única excepción a la regla general de que toda contribución que aparezca como una conducta claramente criminal es una condición escasa y, por lo tanto, esencial y constitutiva de cooperación necesaria (desde el punto de vista de su caracterización, bastante aceptada de esta

figura delictiva) y no de mera complicidad. La razón es que un Estado al margen del Derecho tiene a su disposición multitud de “ruedecillas” (personas intermedias) en la cadena de mando, por lo que sus aportaciones no constituyen para ese Estado criminal un bien o actividad escasos. Si nos fijamos, el argumento (aunque no referido a los ejecutores, a los que se les podría extender) guarda cierto parecido (aunque en relación con otra figura delictiva) con el de la fungibilidad. Sea como fuere, prescindiendo de matizar algunas partes del razonamiento de GIMBERNAT, constatada, si se quiere, la fungibilidad de los mandos intermedios, y suponiendo que estos miembros (y, supongamos, la cúpula) de la cadena no fueran autores o inductores o determinadores, ¿es verdad que no realizan contribuciones escasas? Aparentemente el argumento de GIMBERNAT es claro y aplastante; y, sin embargo, no me convence. Más bien pienso que la escasez se da y (dadas las premisas citadas) la calificación correspondiente en su caso sería la de cooperadores necesarios y no cómplices. La razón es que, precisamente, el que existan multitud de “ruedecillas” es lo que garantiza el éxito de la empresa criminal y, por lo tanto, la abundancia y sustituibilidad de esas “ruedecillas” de la maquinaria criminal estatal poseen carácter esencial para el buen funcionamiento del mecanismo global y, en cuanto contribuyen a él, cada uno de los mandos que en realidad intervienen en el delito realiza una aportación esencial.

5. La tesis de la coautoría

Diversos penalistas califican de coautores a los organizadores (junto con los ejecutores). Así, sin afán de exhaustividad, SCHROEDER, JESCHECK y JESCHECK/WEIGEND, BAUMANN/WEBER, OTTO, SAMSON, JAKOBS o LESCH, entre los alemanes, y especialmente MUÑOZ CONDE (sin descartar otras posibilidades, incluida la de la autoría mediata cuando se trata de aparatos de poder estatales), en la española (también, por ejemplo, TASENDE CALVO; en parte FERRÉ OLIVÉ; y, con muchos matices, yo mismo).

Así por ejemplo, JAKOBS ve una ventaja en la coautoría, frente a la solución de la autoría mediata: que pone de manifiesto el hecho de la vinculación organizativa entre todos los intervinientes en el régimen nacionalsocialista; sólo la conjunción entre quienes imparten la orden y quienes la ejecutan permite interpretar el hecho del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas, defendiendo la posibilidad de coautoría del ordenante aunque no realice acciones

ejecutivas, y acudiendo a un símil extrapenal: nadie negaría al autor de una obra teatral al menos la misma importancia que a los actores en el resultado de un estreno, aunque no esté presente en él. También LESCH, señalando que no considerar al jefe de la mafia autor supone alejarse demasiado de los cánones sociales de imputación, pues es una clara figura central; ahora bien, no es autor mediato porque no domina la ejecución inmediata, sino un coautor que no posee un dominio sobre la acción ejecutiva típica completa, exactamente igual que en el resto de casos de la coautoría. Y MUÑOZ CONDE, aunque sólo para supuestos de criminalidad organizada con exclusión de la estatal o paraestatal, defendiendo la tesis del dominio funcional del hecho, pero renunciando al requisito de la actuación en fase ejecutiva, pues cree que, más allá de la coautoría ejecutiva, caben “otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución”.

La crítica a esta postura (encabezada por ROXIN y seguida también por diversos autores) se basa en tres argumentos: falta el plan, acuerdo o decisión conjunta o común de realizar el hecho, el sujeto de atrás no actúa en fase ejecutiva y se ignora que la coautoría posee un carácter horizontal, mientras que nuestros supuestos presentan una estructura vertical, a la que responde la autoría mediata.

Pues bien, en lo que se refiere a la falta de acuerdo común (al margen de que algunos defensores de la tesis que analizamos, como JAKOBS o LESCH, prescinden de este requisito en toda coautoría), no me parece tan obvia la inexistencia del mismo, salvo que lo entendamos como una planificación común expresa y previa, lo que no me parece necesario ni conveniente. En nuestros supuestos, se podría decir que quien manda sabe que va a ser obedecido y quien obedece sabe que alguien ha mandado (DURÁN SECO); es verdad que, como señala HERNÁNDEZ PLASENCIA, esta forma de acuerdo recuerda más a la inducción o determinación, en la que la adhesión al plan del mandante queda en manos del inducido, pero no deja de ser una forma posible de acuerdo, pues no es necesaria la simultaneidad o coetaneidad del acuerdo entre los coautores. Pero es que, además, el propio funcionamiento como *organización* supone la preexistencia de una red común, que podemos identificar con el acuerdo y actuación conjunta; se puede hablar, como hace ROXIN para descartar otra tesis, de la “lógica del aparato” (y creo que esto serviría también para las organizaciones no criminales, como las empresas).

En cuanto al carácter horizontal y no vertical de la coautoría, parece

que es un lugar ya común. Y es que, ciertamente, la mayoría de las veces se da esa estructura horizontal. Pero lo cierto es que legislaciones como la alemana o la española sólo hablan de realización o comisión conjunta y la española ni siquiera le da el nombre de coautoría, y la colombiana habla de división del trabajo e importancia del aporte, en el marco de un acuerdo común, pero no establece una nota de horizontalidad. Creo que no cabe descartar supuestos de coautoría vertical. Precisamente los casos de autor tras el autor (aunque unos más que otros) suponen una figura intermedia entre las claras de coautoría y autoría mediata; incluso, en derechos como el español que habla realización del hecho por medio de otro *del que se sirven como instrumento* (fórmula que se considera descriptiva de la autoría mediata), podría haber dificultades (de hecho es lo que más se alega por los detractores de la tesis de la autoría mediata) para hablar de instrumentalización y, sin embargo, entenderse que el hecho es obra conjunta del sujeto de detrás y el de delante (en un sentido similar la propuesta de BOLEA BARDON) y encajar el supuesto en la “realización conjunta”. En mi opinión, las diferencias reales entre las dos posibilidades no son tan grandes y cabría elegir una u otra según se crea que refleja mejor la dinámica del supuesto (pero, al fin y al cabo, sería la búsqueda de una mayor plasticidad en la explicación: se ve en las observaciones de JAKOBS y ROXIN). La cuestión es si de verdad en nuestro caso posee un auténtico dominio del hecho el sujeto de atrás.

Probablemente la crítica más importante es la relativa a la no intervención en la fase ejecutiva, si bien, hay que decir, diversos partidarios de la teoría del dominio del hecho no consideran exigible esta intervención para la calificación como coautor, y también que, en mi opinión, ROXIN incluye esta exigencia en su fundamentación, tan exitosa, del dominio funcional del hecho en un loable intento de evitar una extensión excesiva de la autoría en la coautoría y no alejar ésta demasiado de la realización típica, y sin embargo, el requisito no casa muy bien con la idea central del desbaratamiento del plan con la sola retirada de la contribución, que fundamentaría la esencialidad de la contribución para el plan común, y que puede darse también en intervinientes en la fase previa.

SCHROEDER, reconociendo las dificultades, apunta a casos especialmente complicados, en que la organización es necesaria, por lo que la organización sería ya la tentativa (nacionalsocialismo, Staschynskij).

Más adelante diré algo en relación con el ejemplo “teatral” de JAKOBS, pues está basado en la idea del autor (en este caso, coautor) como figura

“central” (o sea, al final, “importante”) del hecho, que también está muy presente en la tesis de la autoría mediata.

En todo caso, quizá la crítica piensa en exceso en la realización de propia mano de acciones ejecutivas, pero hay que reconocer que en muchos casos la fundamentación del dominio de quien actúa detrás y no actualiza su intervención en la fase final resulta por esta cuestión más sencilla a través de la autoría mediata. Pero la calificación de intervenciones esenciales en fase previa puede captarse muy bien también, si se rechaza la existencia de dominio del sujeto de atrás (por falta de instrumentalización, en referencia a la autoría mediata, o por falta de determinación objetiva y positiva del hecho, en el caso de la coautoría), a través de la anteriormente mencionada figura de participación de la cooperación necesaria.

6. La tesis de la autoría accesoria

La calificación del sujeto “de escritorio” como autor accesorio (aunque debe recordarse que la autoría accesoria es más una constelación de casos que una forma de autoría) junto con los ejecutores ha sido sustentada en ocasiones, como por ejemplo hacen BOCKELMANN/VOLK, aunque sin fundamentarla demasiado, dándola por supuesta ante la imposibilidad de apreciar coautoría por falta de acuerdo, plan o resolución conjunta. Pero como precisamente he opinado que seguramente lo que falta no es el acuerdo, podría ya rechazar esta posición, a lo que se podría añadir, entre otras, la crítica de ROXIN, al señalar que en los aparatos organizados de poder no se trata de cursos causales independientes entre sí, sino encadenados por la propia lógica del aparato (observación que yo llevo más lejos hasta dudar de la inexistencia del acuerdo, plan o resolución común).

7. La tesis de la autoría mediata

Esta es la posición que podríamos calificar de “reina”, desde que ROXIN expuso la construcción de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, que algunos pretenden extender incluso a otras formas de delincuencia, como la que se produce mediante el aprovechamiento de una organización “legal” (delincuencia en empresas, por ejemplo). Los autores que siguen, con mayor o menor extensión, matices o precisiones la tesis de ROXIN son cada vez más numerosos. Así, entre otros, KORN, BUSCH, SCHMIDHÄUSER, HERZBERG (anteriormente), STRATENWERTH, CRAMER/HEINE,

TRÖNDLE/FISCHER, LACKNER/KÜHL, EBERT, M. K. MEYER, HÜNERFELD, WALTHER, BOTCKE, SCHILD, SCHUMANN, BLOY (con algún matiz relevante), AMBOS (con precisiones importantes), en Alemania; GRACIA MARTÍN, JAÉN VALLEJO, BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, CHOCLÁN MONTALVO, PÉREZ CEPEDA, MUÑOZ CONDE (sólo para aparatos de poder estatales), ANARTE BORRALLA, en España, y diversos autores, como por ejemplo FIGUEIREDO DIAS, en Portugal. Desgraciadamente no he podido manejar la doctrina colombiana.

Los elementos de esta forma del dominio del hecho y de autoría mediata serían:

a. Dominio de la organización. Dice ROXIN: “Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”.

b. Fungibilidad del ejecutor. El ejecutor es un sujeto libre y responsable que, por tanto, responderá penalmente como autor inmediato, pero la peculiaridad es que es un ser anónimo y sustituible, que, sí, domina la acción (y, por ello, también es autor), pero sigue siendo un engranaje reemplazable en la maquinaria del poder, de modo que el sujeto de atrás puede contar siempre con que alguien cumplirá su orden y domina siempre así el acontecer típico.

c. Por último, ROXIN exige que se trate de aparatos de poder al margen o desvinculados del Derecho, pues, de lo contrario, lo normal es que no existan sujetos dispuestos a cumplir órdenes antijurídicas, decaendo toda la construcción en ese caso. Ello significa que si bien ROXIN admite la posibilidad de esta forma de autoría mediata en organizaciones criminales distintas de los aparatos estatales de poder en regímenes fuera del Derecho (como organizaciones mafiosas, terroristas, etc.), la descarta para la delincuencia en empresas.

Las críticas a esta posición, que podemos calificar de exitosa y dominante, son sin embargo también abundantes. Aparte de algunas que se derivan de lo explicado al exponer otras posturas, una parte de las críticas se refiere a la propia existencia de fungibilidad en el ejecutor. Se dice que no

está tan clara como parece a ojos de ROXIN la fungibilidad en los aparatos organizados de poder y que no es tan ilimitado el número de sujetos dispuestos, sin coacción o engaño, a colaborar. O, como señalan SCHRÖEDER, AMBOS o FREUND, en ocasiones serán necesarios sujetos tan especializados que difícilmente podrán considerarse fungibles. Sin negar algún peso a esta crítica (luego la veremos más desarrollada), el propio ROXIN, advierte, con razón, que, naturalmente, la fungibilidad hay que comprobarla en el caso concreto. Yo añadiría que esto es importante y que, dependiendo del delito y de la organización de que se trate, habrá fungibilidad en el ejecutor en unos casos y en otros no, pero no automáticamente en todos los aparatos de poder estatales u organizaciones estrictamente criminales, pero tampoco estará ausente de modo necesario la fungibilidad en organizaciones “legales” como las empresas. Probablemente en ellas será más fácil que el ejecutor sea fungible en los sectores del Derecho penal accesorio o secundario en que la delincuencia no se corresponde con una valoración ético-social evidente, como viene a señalar (estando, por lo demás de acuerdo con ROXIN) FIGUEIREDO DIAS. Pese a todo, y admitiendo en el plano lógico la respuesta de ROXIN, VALDÁGUA cree que su construcción de la autoría mediata (calificación que ella misma también sostiene) en los supuestos de fungibilidad del ejecutor y negación de ella en los de único especialista dentro de la organización o de *free-lancer* especializado, carece de fundamento valorativo suficiente, pues VALDÁGUA aprecia en todo caso una situación de dominio del sujeto de atrás. Ello le conduce a su propia concepción amplia de la autoría mediata, con un fundamento distinto, de la que no me puedo ocupar detenidamente aquí, si bien diré resumidamente que, según esta autora, hay autoría mediata siempre que exista un compromiso siendo el sujeto de atrás el que pueda revocarlo (revocar la orden, si se quiere) o, dicho de otro modo, hay autoría mediata siempre que de la actuación del sujeto de detrás sobre el de delante se derive expresa o concluyentemente que, al tomar la resolución criminal, el agente inmediato aceptó no ejecutar el hecho punible en el supuesto de que el sujeto de detrás le comunique que ya no quiere que se realice el hecho. En este caso se produciría una subordinación voluntaria del actuante inmediato a una eventual decisión del agente mediato. La concepción de VALDÁGUA es sin duda interesante, pero muy amplia y olvida que el poder o no revocar la orden del sujeto de atrás no resta autonomía al de delante, que puede en realidad volverse atrás en cualquier momento.

Importante aparentemente es la crítica de RENZIOWSKI de que, pese a

que el sujeto de atrás pueda contar con la seguridad o la alta probabilidad de que el hecho será realizado con independencia de la persona del ejecutor, esto no pasa de ser una hipótesis que no fundamenta el dominio fáctico del instrumento en el caso concreto. Esta crítica parece, como digo, importante, pero quizá confunde, como ha señalado FARALDO CABANA, fungibilidad del ejecutor con probabilidad de que el delito se cometa, pues no es exactamente esta última el factor decisivo en la construcción de ROXIN: puede que la tarea que se debe realizar sea muy difícil y por ello no haya altas probabilidades de éxito, y sin embargo se cuente con ejecutores intercambiables, que es lo que fundamentaría el dominio y lo que diferenciaría el supuesto de los de inducción o determinación, en los que el inductor o determinador sólo puede confiar en el inducido, en cuyas manos queda la comisión del delito. Lo que hay de cierto seguramente en la crítica señalada, es lo que también ha puesto de manifiesto en España HERNÁNDEZ PLASENCIA: que por mucho que se pueda contar con el cumplimiento de la orden por la intercambiabilidad del ejecutor, en el caso concreto siempre cabe la posibilidad, por la plena libertad y responsabilidad de éste, de que decida no cumplirla, con lo que no existiría dominio en el caso concreto.

Dejando de momento de lado las críticas al tercer presupuesto de ROXIN, que no desvirtúan la validez de su propuesta, sino sólo su alcance, debe señalarse que la inmensa mayoría de las críticas se dirige a la vulneración por ROXIN del principio de responsabilidad, en el sentido de que es contradictorio suponer a la vez que un sujeto es libre y responsable y un instrumento en manos de otro. En mi opinión, el principio de responsabilidad precisamente no debe ser un principio. Dicho de otra forma, admito supuestos de autor detrás del autor responsable: por ejemplo, en la creación de un error de tipo vencible en el ejecutor o, incluso, en la creación de un error de prohibición vencible en el sujeto. Pero la cuestión es que en estos casos el sujeto de detrás determina (domina, si se quiere) el hecho porque los déficits de conocimiento de la situación (fáctica –en sentido amplio–, en un caso, jurídico-valorativa en el otro) del sujeto de delante permiten una atribución normativa de dominio al de detrás, basándola, por ejemplo, en su mayor capacidad de inhibición o, mejor, la menor capacidad de inhibición del otro (el sujeto de delante), que le pone en manos del primero. Sin embargo, esos déficits no son apreciables en nuestro supuesto tal y como ROXIN y sus seguidores lo configuran.

Pero ROXIN y más aún otros autores han dado respuesta a esta cuestión señalando que aquí el fundamento no está en los déficits (de libertad o

conocimiento, como en otros casos) del ejecutor, sino que el dominio se ejerce sobre el aparato, en virtud de la fungibilidad del ejecutor. A ello hay quien ha contestado, con un argumento de Derecho positivo que se presenta con especial claridad en el Derecho español y en el colombiano: que la ley pide que el instrumento sea una persona y no un aparato (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ). El argumento es interesante, pero más bien creo que lo que sucede, sin necesidad de defender a ultranza y en todo caso el principio de responsabilidad, es que seguramente el fundamento central de la fungibilidad no es suficiente por sí solo para sustentar el dominio del hecho y la autoría mediata del sujeto de detrás, pero puede ser un elemento *junto a otros* para explicarlo.

Por fin, en cuanto a la exigencia de actuación del aparato al margen del Derecho, cuya principal consecuencia sería limitar el alcance de la construcción roxiniana, excluyendo la comisión de delitos en organizaciones “legales”, también ha sido objeto de matizaciones, como la ya señalada anteriormente de FIGUEIREDO DIAS, que me parece consistente, aun cuando se estuviera (como él está) de acuerdo con la exigencia de ROXIN, y de críticas, como la que, en mi opinión con bastante razón, viene a poner de manifiesto que ni la fungibilidad (sin coacción o engaño) en los aparatos estatales y similares debe suponerse ni debe excluirse en otros supuestos, sino que lo único que sucede es que el carácter criminal de la organización hace más fácil suponerla y probarla, puesto que quien entra en ella lo hace necesariamente para cometer delitos (aproximadamente en este sentido GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ).

Diversos autores, seguidores por lo demás de la construcción de ROXIN, niegan este tercer requisito y admiten la posibilidad de aplicarla, por ejemplo, a la delincuencia empresarial (aunque otros, en sentido contrario, critican incluso que ROXIN analice este requisito en relación con el delito concreto que se comete y no exija que el aparato no se considere obligado a respetar el Código Penal; así, por ejemplo, FARALDO CABANA). E incluso la jurisprudencia alemana admite esta posibilidad desde la conocida sentencia del Tribunal (Supremo) Federal (*Bundesgerichtshof* o BGH) de 26-7-1994 (v. también, por ejemplo, SERRA, FIGUEIREDO DIAS). Especialmente ha insistido en ello AMBOS, con distintos argumentos que no es posible reproducir detalladamente aquí, como la infiltración en administraciones públicas de Estados no criminales de algunos sindicatos del crimen (a lo que FIGUEIREDO, con razón, contesta que ello no significa que esos sindicatos

no sigan actuando al margen del Derecho, como algo separado del Estado y opuesto esencialmente a él).

En mi opinión, por lo tanto, no cabe excluir a las empresas de la consideración de aparatos de poder con ejecutores fungibles en algunos casos y respecto de ciertos delitos. Pero, con eso, todavía no he dicho que el sujeto de atrás, en estos o en los aparatos organizados de poder criminales (estatales o no), sea un autor mediato.

Sin poder detenerme aquí en algunas posturas cercanas a la de ROXIN, pero no idénticas (como la del “autor intelectual” que propone en España JOSHI JUBERT y que, según FERRÉ OLIVÉ, no encuentra sólido sustento en el Código Penal), diré que la fundamentación de la autoría mediata en la fungibilidad del instrumento resulta muy sugerente, pues destaca claramente lo que separa estos supuestos de los “clásicos” de inducción o determinación, en los cuales, al no existir fungibilidad del autor inmediato, el inductor o determinador no puede contar con que por el simple hecho de proponerlo él el delito se cometerá o se intentará cometer. Sin embargo, aunque con algunas dudas, estimo que, como ya señaló en España hace bastante tiempo GIMBERNAT, no nos hallamos ante casos de autoría mediata, sino de participación en sentido estricto (según las circunstancias y, sobre todo, según el lugar que el sujeto ocupe en la cadena que sigue la orden, se tratará de inducción o determinación o de alguna forma de cooperación), pues, pese a todo, la comisión del delito pasa siempre por la decisión voluntaria libre de un (uno u otro) autor inmediato doloso (consciente) y responsable, que “ve” la situación (en sentido amplio, incluyendo también su valoración jurídica) igual que el que da la orden. El supuesto presenta peculiaridades, por tanto, frente a los supuestos “clásicos” de inducción o determinación y frente a los casos más claros de autoría mediata. Pero de admitir ésta, quizá también habría que admitirla (pese a las diferencias que sin duda existen con el supuesto analizado) en los casos de quien, disponiendo de ciertas cantidades de dinero, puede contar con encontrar siempre a alguien, en el mundo de la delincuencia habitual o profesional, que cometa acciones delictivas a cambio de una contraprestación económica, sobre todo si se trata de hechos no extremadamente graves (aunque seguramente no sólo en ese caso), como, por ejemplo, quien contrata a un matón sólo “para dar un susto”, mediante la amenaza o pequeños daños en la propiedad a su deudor o enemigo; y en estos casos parece difícil afirmar que quien paga ha realizado el hecho a través de otro que actúa como instrumento. Más adelante matizaré que las soluciones

pueden ser diversas y que no cabe excluir de antemano ningún título de intervención. Esta diversidad de posibilidades la aceptan distintos autores y, en definitiva (aunque defendiendo para los casos conocidos, su tesis de la autoría mediata), también, en cierta medida, ROXIN (quien, aunque cree que la regla es la autoría mediata, admite supuestos de coautoría y de inducción o determinación) y algunos de sus seguidores.

En muchos defensores de la autoría (si no en todos), tras esta calificación (normalmente autor mediato), está latente la famosa idea general de ROXIN del autor como figura central (esto se confiesa a veces claramente, como hace por ejemplo VALDÁGUA, lo que me parece preferible, pero la idea está latente quizá casi siempre). La imagen prejurídica de la figura central se torna a menudo en la cuestión de la “importancia”. Con carácter general, he considerado de cierta utilidad la idea prejurídica de la figura central (conectada con las concepciones sociales, con un valor plástico como imagen), mientras de ella no se quieran extraer demasiadas consecuencias concretas (jurídicas). Pero, centrándonos en el supuesto que ahora nos ocupa, debe decirse que, al acudir (confesadamente o no) a la idea de la figura central, el razonamiento hace ver un cierto “truco”, porque aquí los autores se fijan más bien en Hitler, Himmler, etc., pero ROXIN extiende su calificación de autor mediato a todo el que puede dar órdenes, que, a menudo, es un burócrata gris, mero trasmisor en una cadena (v. las consideraciones de GIMBERNAT).

La idea de la figura central aparece también en defensores de la coautoría, como JAKOBS, con su ejemplo del autor y los actores de la obra teatral (habla de “importancia”), ejemplo al que inteligentemente observa ALCÁCER GUIRAO que “posiblemente nadie negaría la misma importancia al autor de una obra de teatro que a los actores de la misma por no estar aquel presente durante la representación, pero tampoco nadie le imputaría responsabilidad por una desastrosa representación por parte de los actores, o porque éstos se hubieran negado a salir a escena. Son éstos y no el escritor quienes tienen la decisión última sobre la representación de la obra, y, por tanto, sobre el éxito o fracaso del autor de la misma”.

Pero, además, cuando se resalta el papel de figura central del ordenante, se olvida que los defensores de estas tesis califican de autor también al ejecutor, cuando la argumentación tiende a colocar al primero en el centro y a éste en la periferia. Y es que, como señala VIVES ANTÓN (cuya perspectiva formal no comparto, aunque admito aspectos positivos en ella), “en ocasiones, la mayor responsabilidad por un delito puede

corresponder, no a quienes lo realizaron, sino a quienes lo proyectaron, alentaron y dirigieron: así lo reconoce expresamente el Código para algunas modalidades de delito; pero, lo que aquí se ventila no es el problema de la relevancia a efectos de la responsabilidad criminal, sino el más limitado, por puramente conceptual de a quién cabe tener por autor” (subraya esta argumentación DURÁN SECO, quien sugiere la posibilidad de crear una agravante genérica para los organizadores o similares, con independencia de la calificación de autor o partícipe que reciban en cada caso). Para terminar, señalaré sin embargo que la idea de la figura central pesa incluso en autores que niegan la autoría de los “de arriba” (lo cual no carece de lógica, desde luego); así, GIMBERNAT dice que la calificación de Hitler o Himmler como inductores o determinadores, que él propugna, parece poco adecuada, pues el delito fue “su” obra, y achaca la imposibilidad de considerarlos autores a la inadecuación de los preceptos reguladores de la autoría y la participación al delito de genocidio.

D. La autoría y la participación en la delincuencia empresarial. Algunas reflexiones específicas

Hemos visto hasta aquí mi opinión general sobre las diversas posiciones que se sustentan en torno a la autoría (y la participación) en la delincuencia organizada y en organizaciones. Como se ve, el debate ha estado muy marcado por la propuesta de ROXIN de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, que el propio autor alemán considera sólo válida para los aparatos organizados criminales y no para la criminalidad que aprovecha estructuras organizativas en principio lícitas, como las empresas, aunque esta opinión no es compartida por diversos autores. Pues bien, la autoría y la participación en el seno de empresas (con principios como los de jerarquía, división del trabajo, etc.) plantean múltiples problemas que aquí no puedo abordar de manera específica. Sin embargo, no quiero terminar el trabajo sin exponer algunas reflexiones generales al respecto, advirtiendo que lo que se dice a continuación simplifica los fenómenos y las soluciones refiriéndose sólo a la autoría y la participación y dejando de lado, conscientemente, cuestiones tan importantes para la atribución de responsabilidad en esas organizaciones como es, por ejemplo y especialmente, la omisión (aunque algo diré al respecto), o problemas específicos relevantes en este terreno, como los relacionados con la delegación de funciones, entre otros.

En el ámbito de la “delincuencia empresarial”, en raras ocasiones podremos aplicar la autoría mediata en que se instrumentaliza a otro mediante coacción o procedimientos similares, salvo excepciones particulares en que algún empresario, directivo, etc., fuera del desarrollo normal de las relaciones dentro de la empresa, coaccione a algún miembro de la misma a cometer delitos. Parece que tampoco podremos recurrir en este ámbito a la fundamentación de la autoría mediata del sujeto de atrás en que otros miembros de la empresa (por ejemplo, trabajadores) obedecen órdenes vinculantes de realizar vertidos contaminantes, fabricar, por ejemplo, productos defectuosos peligrosos para la salud humana o ejecutar decisiones financieras constitutivas por ejemplo de estafa o apropiación indebida o abuso de confianza. Y ello porque la opinión doctrinal y jurisprudencial generalizada (con alguna excepción) es que la causa de justificación de la obediencia debida (no recogida expresamente en el CP español de 1995 -sí en el art. 32.4 CP colombiano-, pero reconducible al cumplimiento de un deber o a otra causa de justificación) no es de aplicación en las relaciones laborales (ni en las familiares); quizá tal postura deba ser matizada, pero no es éste el lugar adecuado para hacerlo. Sin embargo, téngase en cuenta que el cumplimiento de estas órdenes o encargos puede estar originado por el temor de un sujeto a perder su trabajo o a sufrir represalias en el mismo (empeoramiento del puesto, de las condiciones de trabajo, del salario, etc.), lo cual, en determinadas circunstancias, podría fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás, si se cumple el resto de los requisitos típicos (objetivos y subjetivos). Todo ello sin entrar a analizar otros posibles mecanismos psicológicos en los integrantes de estas organizaciones complejas que, en su caso, pudieran influir en la capacidad de motivación o inhibición de los mismos (estos mecanismos resultan muy interesantes, sobre todo en algunas organizaciones que basan su eficacia en la creación de un sentimiento profundo de fidelidad a la empresa por parte de los empleados, y utilizan técnicas psicológicas, a veces cuestionables, para conseguirlo).

En cuanto a la autoría mediata por provocación o aprovechamiento de un error, al margen de los casos seguramente excepcionales de engaño puro y simple de uno o varios miembros de la empresa por otros, es posible que la misma pueda tener lugar en bastantes supuestos, dado que es fácil pensar que algunos de los miembros que ocupan la parte más elevada (al menos en la dirección técnica) de la pirámide empresarial tendrán a menudo, como mínimo, una más completa percepción de la real situación fáctica

que algunos otros, como los operarios, que puede que se limiten a abrir una compuerta, sin saber que lo que sale por ella es un vertido tóxico, o a fabricar una pieza unos o a ensamblarla otros, pieza cuya peligrosidad solo se advierte teniendo una visión sobre el conjunto del proceso productivo. Cabe desde que esos trabajadores actúen sin dolo ni imprudencia, hasta que lo hagan imprudentemente, de manera inconsciente o consciente, o incluso que lo hagan con dolo, pero que éste, por ejemplo, no abarque la magnitud real de la catástrofe ecológica que puede producirse o del peligro para la salud humana que implica el producto defectuoso (error sobre el significado concreto de la acción), situaciones todas que podrían implicar una instrumentalización de estos trabajadores por los sujetos de atrás que, de cumplir el resto de los requisitos típicos, serían autores mediatos de los concretos delitos, al margen de que los propios trabajadores pudieran en ciertos casos responder por delitos dolosos o imprudentes (supuestos de autor tras el autor). Tampoco cabe descartar la creación o aprovechamiento por parte de los sujetos de atrás de errores de prohibición en los de delante.

Más difícil me parece construir supuestos de autoría mediata de los sujetos de atrás, si los de delante son autores libres, responsables y dolosos, con plena visión de la situación fáctica (y jurídica); estos casos son de todas formas menos problemáticos, pues en ellos será posible con frecuencia el castigo de los sujetos de atrás como inductores o determinadores o cooperadores en los delitos que los de delante cometen como autores (siempre, claro está, que no exista alguna dificultad en el tipo de que se trate -por ejemplo, que estemos ante un delito especial- para que estos últimos puedan ser autores responsables del mismo -por ejemplo no podrán serlo si en ellos no concurre la cualificación exigida por ese delito especial-). Naturalmente, sería más fácil admitir la autoría mediata de algunos sujetos de detrás incluso en algunos de estos supuestos, con la fundamentación de la fungibilidad del “instrumento”, pues se podría trasladar, quizá con algunas modificaciones, la construcción de ROXIN de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder a la estructura empresarial; pero ya hemos visto que, aun con dudas, estimo insuficiente esa construcción para sustentar la autoría mediata de quien da órdenes o instrucciones en la cadena.

Por fin, en estos últimos casos podría encontrar aplicación la propuesta realizada en España por MIR PUIG de utilizar la autoría mediata

como traducción de la idea de los distintos ámbitos de competencia en las organizaciones complejas, aplicando esa figura para caracterizar al superior incluso cuando el subalterno o subordinado actúe sin error; para la cuestión, más discutible según MIR, de si y cómo debe responder penalmente este subalterno que actúa sin error (y, añadido yo, del que en principio se podría decir que es autor inmediato), MIR pretende distinguir (aunque señala que debe profundizarse en el estudio de la posibilidad de la distinción) según la clase de delito de que se trate: en determinados delitos, como los dolosos contra la vida u otros bienes jurídicos altamente personales, toda intervención sería relevante y por tanto el subalterno debería responder penalmente (aunque no señala expresamente MIR si como autor inmediato -produciéndose entonces un supuesto de autor tras el autor- o como partícipe); sin embargo, en otros delitos, como los delitos contra el honor o las falsedades documentales, pero también en la mayoría de los delitos que se producen en el ámbito de la criminalidad económica, la realización personal en la última fase no tendría relevancia y permitiría castigar al superior como autor mediano y, al menos en algunos casos (esto no lo deja del todo claro MIR), releva de pena al (autor inmediato) inferior; a esta última categoría de delitos la caracteriza MIR como opuestos a los de propia mano y yo creo que, al menos en parte, podría relacionarse con los que ROXIN llamó delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), si bien la categoría que MIR propone se extiende a otros ámbitos distintos de los de la infracción de deberes extrapenales a que aluden ROXIN y sus seguidores (por tanto la propuesta por MIR parece una categoría más amplia o al menos, dada la amplitud –desmesurada en mi opinión– que ciertos autores otorgan a la categoría de los delitos de infracción de deber, de distinto alcance).

La propuesta de MIR me parece interesante, pero, si bien no es este el lugar para valorarla en profundidad ni seguramente está lo suficientemente desarrollada por su autor para poder hacerlo, creo que puede someterse a críticas similares a las que se oponen a la pretensión de validez *generalizada* y de *lege lata* de la idea de los delitos de infracción de deber; además, aun pudiendo comprender (y compartir, al menos, de *lege ferenda*) la idea de MIR de que lo relevante en determinados delitos es algo muy distinto (y por concretar, por cierto) de la realización de propia mano, y de que por tanto el verdadero autor es el superior (autor al que ni siquiera sería necesario llamar autor *mediato* probablemente, en mi opinión), pienso sin embargo que lo anterior no excluiría la responsabilidad del ejecutor de propia mano al menos como partícipe del hecho injusto del superior (siempre y cuando en el inferior se dieran los demás requisitos de la responsabilidad penal).

En cualquier caso, en el ámbito de la delincuencia en estas organizaciones complejas, debe huirse tanto del automatismo de considerar que autor sólo puede ser el último eslabón de la cadena, el operario que actúa inmediatamente (lo cual contradice la propia configuración y principios que rigen esas organizaciones, y frecuentemente aparece como injusto), como del automatismo de creer que no lo será nunca y que la responsabilidad (además a título de autoría siempre) solo haya de recaer en los directores de la organización. Precisamente la complejidad de estas estructuras (que, por cierto, no se configuran exclusivamente por “los de arriba y los de debajo”, sino que en ellas se encuentran multitud de situaciones y posiciones intermedias) obliga a un análisis pormenorizado de los repartos de responsabilidad (aquí me he referido sólo a algunos problemas de autoría), aplicando las categorías dogmáticas elaboradas y teniendo siempre en cuenta las peculiaridades de estas organizaciones. Así, por ejemplo, su estructura y principios rectores podrían hacer que la existencia de una influencia que no llega a la coacción o de órdenes no estrictamente vinculantes, que por sí sola no fundamenta normalmente una autoría mediata, unida al mejor conocimiento de la situación por el sujeto de atrás (aun sin existir errores de tipo o de prohibición en el sujeto de delante) e incluso el dato de la fungibilidad de quienes actúan delante, sea capaz de fundamentar la autoría mediata en este ámbito. Y no debe olvidarse la idea de la posibilidad de existencia de un “autor tras el autor”, y que, quizá, la figura de la coautoría (con algunos matices respecto de los casos más habituales de la misma) o algo que se le parece mucho (que a veces estaría entre el “autor tras el autor” y la coautoría “clásica”) puede también ser adecuada para la calificación de fenómenos de codeincuencia en este ámbito.

En resumen, ante la complejidad del fenómeno, creo que hay que realizar un especial esfuerzo de argumentación en la aplicación de las categorías dogmáticas atendiendo a la configuración de los distintos supuestos y no caer en la tentación de soluciones aparentemente fáciles, pero poco precisas y fundamentadas y, a menudo, también sólo aparentemente justas (similar FIGUEIREDO DIAS).

Y he de repetir, antes de concluir, que me he abstenido conscientemente de un tema que es básico en esta cuestión, pero que no he querido tratar para no enturbiar más el de la autoría y la participación. Me refiero a la posibilidad de hacer responder por omisión a sujetos (normalmente “de arriba”) que no impiden conductas delictivas de los “de debajo”,

cuando deberían hacerlo. Alguna vez se ha apuntado a la creación de tipos de omisión pura en este terreno o híbridos entre la omisión pura y la comisión por omisión. Pero también se han realizado importantes esfuerzos, encabezados por SCHÜNEMANN, para fundamentar en ocasiones comisión impropia o comisión por omisión de los titulares de los órganos empresariales, sobre la base del “dominio sobre la causa del resultado”, sea un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados dentro de la jerarquía empresarial (dominio personal), criterio con múltiples matices y al que otros autores han añadido diferentes notas; en todo caso, el análisis de esta cuestión nos llevaría aquí demasiado lejos. Baste decir que no es suficiente para imputar delitos en comisión por omisión al titular del órgano directivo que éste tenga un deber de control, sino que se han de añadir datos (actuación del ejecutor para la empresa, especificidad del deber, sobre todo relación de equivalencia, etc.) que permitan tal imputación, más complicada cuanto más estricto se sea (como es mi caso) en los requisitos de la comisión por omisión. Ello explica la propuesta de creación de tipos de omisión pura o híbridos para supuestos de desatención de los deberes de vigilancia y control de quienes ocupan ciertas posiciones en la empresa. No puedo profundizar más en esta importante cuestión.